

団藤刑事証拠法理論の新展開 (資料)

庭 山 英 雄

- 一、は し が き
- 二、旧刑訴綱要から新刑訴綱要へ
- 三、新刑訴綱要六訂版から七訂版へ
- 四、団藤証拠法理論の新展開

一、は し が き

わが国では外国の学者の動きについて異常な程敏感である。一人の学者の学説の変動も刻々と報道され、その全体系についての研究¹⁾も少なくない。ところがひとたび自国の学者のこととなると、関心の度合はそれほどでもない。ましてや、自国の一人の学者の学説の変遷をフォローしたものとなるとほとんど見当たらない。これはわが学界の風潮として、自国語の文献に頼る研究方法にはあまりメリットがおかれないう特殊条件に起因する。法解釈学の分野においてもこの傾向は著しい。それにはそれなりの根拠がある。たしかに比較法的な研究は法解釈学にとって重要な要素ではある。²⁾ それによって法解釈学は更に深さと広さとを増す。そして的確な解答に到達しうる可能性は大きくなる。しかし、そのことは自国語の業績を軽視してよいということにはならない。もちろんわが国の学者が、自国語の業績を無視しているとは思わない。しかし外国の学者の業績に対する関心ほどに関心を示していないのも事実である。もう少し然るべき関心を自国の学者の業績に対して寄せてもよいと思う。

本稿においてわたくしは、団藤教授における刑事証拠法理論の変遷を辿ってみたい³⁾と思う。教授がわが国の刑事訴訟法学における第一人者であ

ることは周知の事実であるが、とくに団藤理論をとり上げたのは単にそのことのためだけではない。団藤教授が、旧刑訴以来引き続き研究に従事し、自ら立法にも参画し⁴⁾ 社会変動に伴う刑事訴訟法の変遷を身をもって体験しておられるからである。ここに教授の思索の変遷を辿ってみることは、とりもなおさずわが国の刑事証拠法の激動の過程を辿ることとなるであろう。そこから、来るべき刑事証拠法のあるべき一つの姿を予測できることをひそかに期待している。本稿は広汎な刑事訴訟法の分野のうち、とくに証拠法に限った。証拠法の分野がもっとも大きな変動を余儀なくされた箇所であるばかりでなく、また私のもっとも関心を寄せる箇所だからでもある。したがってその叙述も自己の関心の赴く方向に多少偏りをみせる⁵⁾ かもしれないことを予めお断わりしておかなければならない。

二、旧刑訴綱要から新刑訴綱要へ

(一) 団藤教授が体系書の型でその証拠法の理論を初めて世に問うたのは昭和18年刑事訴訟法綱要（以下省略して旧綱要とよぶ）においてであった。そこでは証拠法は第三編第三章第二節実体形成一主として証拠法理論一で論じられている。内容は四款に分れる。第一款総説、第二款証明の対象、第三款証拠方法、第四款証明に関する訴訟的活動、である。⁶⁾

教授自身その著の序文で述べているごとく、一番力点が置かれたのは「刑事訴訟法学の理論的体系化」すなわち「訴訟法に固有なる各種の問題、殊に訴訟の動的・発展的性格をめぐる諸問題」であった（旧綱要序文1ページ）。このことは教授の主論文が「訴訟の発展と判断の標準」（法協雑誌59巻10号）であることによっても肯かれる。したがって、証拠法の理論的地位もそれほど高くなく、手続形成論に対する実体形成論の中での一分野という地位を占めているにすぎない。

旧刑訴綱要は当然のことながら、旧刑事訴訟法（大正11年法75）の解釈論であるから、その限りにおいて条文による制約があったのであるが、新刑

訴綱要になって証拠法の体系は著しく変動した。昭和23年の新刑訴綱要初版では「実体刑成—主として証拠法理論」の節は三款に分れている。第一款総説，第二款証明に関する手続—証拠裁判主義，第三款自由心証主義の三つである。旧綱要においては，証明の対象関係のみを抱えていたにすぎなかった「証拠裁判主義」が，新たに証拠調関係と証拠方法関係とを傘下に収めるに至って，その地位は急激に上昇し，自由心証主義と相並んで証拠法を支える二大支柱となったのである。それまでは，証明対象論，証拠方法論，証拠調論といった概念分析学が先に立ち，政策論は付随的だった。この転換は，理論から政策が生まれるのではなく，政策によって理論が指導されるべきものであることを示唆していると考えてよいのではないだろうか。団藤教授がそのように考え方を変えたとみなしてもよいのではないだろうか。

ドイツでは1877年公布のライヒ刑事訴訟法以来，基本的な条文は変わっていない。⁷⁾ そこには，社会が変わっても理論は普遍的であって変える必要はない，という考え方が底流としてあるように思う。わが国でこのような考え方をはっきりひっくりかえしてみせたのは平野教授であった。⁸⁾ 平野教授の真意は，法律学が単なる真実発見のための科学なのではなく，社会統制のための技術であることを強調するところにあった。⁹⁾ そして，それはまさしく正当であったといわなければならない。いかなる法理論も理論のためにあるのではなく，社会統制の技術を生かすために存在するものだからである。

(二) 旧綱要では，証拠法の一般原則において，実体的真実主義・職権主義がズバリ正面に出ていた(339ページ)が，新綱要となって潜在的・伏在的なものとされるに至った(131ページ)。団藤教授のつとに主張するところによれば，証拠法は実体面と手続面とに分れるが，実体面においては依然として自由心証主義・職権主義が支配しているのに対し手続面においては証拠裁判主義・当事者主義が支配するに至った，というのである。

これは教授の創唱にかかる訴訟の分析(二面説)に対応するものできわ

めてわかり易い。しかし、三面説の立場からは、このようにきれいには割りきれない。追行面・手続面が当事者主義化するならば、それにつられて、実体面も当然に当事者主義化される筈である。そこには在来の姿のままでの自由心証主義・職権主義はありえない。訴訟全体はそれほどモザイク的なものとは考えられない。それらは互いに密接につながった相補的なものである。故に、もし外部的な拘束としての手続面が変化して来ているのならば、それを変化させなければ内部的な自由心証を正しい方向に導き出せないという必要性にもとづくものなのである。その意味で実体面を指導する理念も完全に変わって来ているといえる。

(三) 旧綱要、新綱要どちらにおいても、厳格証明の対象は公訴犯罪事実である。公訴犯罪事実とは、構成要件を充足する事実で違法性および責任の要件を具備するすべてをいうとされる。処罰条件、刑の加重減免の事由をも包含する。犯罪成立阻却事由も厳格証明を必要とするとされている。ところが旧綱要においては、この厳格証明の対象の範囲はかなり局限されていた。犯罪構成事実と処罰条件とは厳格証明の対象ではあったが、刑の加重減免の事由および犯罪成立阻却事由とは厳格証明の対象から外されていた。旧綱要から新綱要へと移って、このように厳格証明の対象が広げられた理由はなんだろうか。条文上の表現にも若干の根拠がある（新314条3項および321条1項3号は「犯罪事実の存否の証明」といっている）が、主たる理由は理論上のものである。——新刑訴となって手続面は当事者主義化された。手続面が当事者主義化されたということは、心証形成との関係でいえば、それに対する制約が大きくなったということである。厳格証明が制約の一種であるかぎり、その対象の範囲が広がることは当然である。そして団藤教授はこれもまた手続面での現象にすぎないものとするのであるが、心証形成者に対する心理的抑制として働くことも否定できない事実である。厳格証明の対象の範囲が広げられたのは、このような判断者の判断能力に対する警戒の度合が以前より強くなったことと照応する。

(四) 挙証責任論の内容についてはほとんど変わりはない。旧綱要にお

いても新綱要においても実質的挙証責任は検察官側（もっとも旧綱要においては検事側）にあるとされる（旧355ページ，新148ページ）。この意味で，*In dubio pro reo* の原則は職権主義においても妥当するといわれる。正当というべきである。一方，犯罪成立阻却事由は旧綱要においては厳格証明の対象から外されてはいたが，構成要件の推定機能からして，構成要件を充足する事実が証明されたときは，違法阻却事由・責任阻却事由の不存在につき積極的に証明する必要はないとされた。この点においても新綱要との間に違いはない。構成要件の推定機能は，構成要件論（実体法上の問題）からの帰結であるので，手続法たる刑訴法が変化しても，変わらないようにもみえる。しかしこの部分は訴訟法の事実上の推定理論と密接につながるので影響は免れえない。事実，やがて英米法の洗礼をより深く受けるに及んで微妙な変化が起きてくるのであるが，それについては後に触れる。

（五）大きく変わったのは「証拠能力」の問題である。これは条文が変わったのだから当然ともいえる。第一に証拠能力の定義自体が改められることとなった。旧綱要においては，「証拠能力とは拠方法が厳格なる証明の資料として用ひられ得べき効力である」とされていた（359ページ）が，新綱要では，「証拠能力のない証拠は，ひとり事実認定の基礎として援用することができないだけでなく，公判廷に証拠として出すことも許されない」（152ページ）として，許容性に類した概念をも包摂することとなった。団藤教授はその理由を「公判廷に出せば，事実上それによって裁判官の心証を形成することになるからである」（新152ページ）と説明される。旧綱要においてはこの種の配慮は全く見られなかった。裁判官の能力に対する信頼が異常に強かったといいえよう。このことは次に述べる「証拠能力の制限」の範囲に関して明確に看取される。

旧綱要においては原則として証拠能力の制限はないとされた（359ページ）。若干の例外として挙げられるものに，第一に明文（旧344条）にもとづくものとして「被告人その他の者の供述を録取した書類で法令により作成

した訊問調書でないもの」は証拠にとれないというのがある。第二に当該事件に関する意思表示的文書そして第三に実体形成行為が無効なばあいを挙げられる。ところが、新綱要においては「種々の見地から制限を受ける」(152ページ) ことが、原則とされるに至った。明文にもとづくものとして自白法則(新319条) 伝聞法則(新320条) がある。明文にもとづかないものとしては旧綱要に示されたものと同じものが掲げられている。ここで依然として違法収集証拠の問題がとり上げられていないことは注目に値する。

なお旧綱要においては、教授自身疑問を留保しつつ、「証拠方法の禁止」(Beweismittelverbote) — 例えば旧刑訴185条 — の場合をも証拠能力制限の箇所論じておられたが、新綱要においてはこれは完全に姿を消した。この辺の思索の変化は、察するに微妙である。

証拠能力の概念ははなはだあいまいであるが、大別して二つの考え方がある。一つは「判決の資料として用いる資格」と解する考え方であり他は「公判廷に顕出しうる資格」と解する考え方である。「証拠方法の禁止」はそのどちらにもあてはまらない。それならばいわば第三の証拠能力の問題か、というところともいいきれない。そこに証拠能力の概念の錯雑さがある。もともとドイツで証拠能力の概念が発生したとき、それは直接主義違反という型でとり上げられ、証明政策の見地から生まれたものではなかった。だから、結果的には証拠能力の制限となるような場合であっても、証拠能力の問題とは解さないという伝統的な思考方法があった。そのような思考方式にしたがうと、さきに上げた「証拠方法の禁止」は証拠能力との関連性を失う。団藤教授の見解が、これと逆の方向に向かっているであろうことは、やがて違法収集証拠の証拠能力の問題をとり上げていることから察するにかたくない。

(六) 自由心証主義については旧綱要から新綱要へと変わって、その原則についてさしたる変化はみられない。旧綱要に曰く、「自由心証主義は民事訴訟法(185条)においても行はれるが、実体的真実主義・職権主義の

行はれる刑事訴訟法においてよりよくその効果を發揮するのである」(371ページ)。そしてまた新綱要に曰く、「自由心証主義は、民事訴訟法にも行われるが、実体的真実主義および職権主義—たといそれが背後にひそむものにすぎないにせよ—の行われる刑事訴訟法においていっそうこの機能を發揮する」(162ページ)。

このように基本的な面では差違がみられないが、自由心証主義をめぐる諸条件の変化はないわけではない。すなわち旧綱要においては、自由心証主義は訴訟法的事実の認定についても行なわれると明言されていた(374ページ)が、新綱要になってこの種の叙述はなくなっている。これはおそらく、自由心証主義は犯罪事実の認定について特に意義があり、したがって自由心証主義についての法律的保障は犯罪事実の認定の場合に限ってさしつかえない、との考えにもとづくものであろう。

自由心証主義の機能する場をこのように限定すると、自由心証主義の例外の場合はきわめて限られたものとなる。果たせるかな、旧綱要から新綱要に移って、この点に関する所説は著変をみせたのである。自由心証主義の例外の範囲の問題は、自由心証主義の機能する場についての概念内容によって異ってくるから、要は、318条が訴訟法的事実についても適用があるか否かにかかってくる。条文の位置からして、同条が実体法的事実を対象にしていると解するのが自然であり、そしてまた妥当でもある。証拠の評価についての自由心証がドイツ法系統で確立したのは、1848年のフランクフルト憲法会議以来であるが、この主義は合理的裁判制度を支えるためにきわめて重要な機能を果たしている。裁判の合理性は自由心証によって支えられている。したがって、実体法的事実の認定に関する限り法定証拠主義はまかりならぬ、との、法律による保障が刑訴法には不可欠である。私見によれば、この実体法的事実にかんする自由心証主義の原則は刑訴法のみならず、憲法上の保障によっても裏づけられている。第一に憲法37条2項は刑事被告人に対して証人審問権を保障している。証人審問権は証人に対する反対尋問権を意味する。ところが、反対尋問なるものは、判

断者の判断が固定的でないことを前提にしているものであって、評価者の評価の自由をたてまえとしなければ成立しようがないものなのである。このように解することによって初めて、憲法38条3項に規定する自白における補強法則も、自由心証主義における（憲法上の）唯一の例外と解しうるのである。

以上の理由により刑訴318条は訴訟法的事実に適用なしと考えられる。同52条公判調書の証明力に対する形式的制限も、これゆえに適用外として許されるのである（自由心証主義の例外とする必要はない）。

三、新刑訴綱要六訂版から七訂版へ

（一）七訂版のはしがきで、著者自ら、「この版では、旧版において手薄であった証拠法の部分にとくに大きな増訂を加えた」と述べておられるごとく、証拠法の分野で大きな変容を見た。それは単に個々の問題の解釈論にとどまることなく、刑訴法を指導する基本理念にも及んでいる。その点については後に触れる（結語）ことにして、さしあたり、個別的問題からとり上げてみることにしよう。

（二）実体形成の様相については、「それは捜査の当初における捜査機関の単なる主観的嫌疑（189条2項参照）から、公訴提起における客観的嫌疑（256条参照）を経由して、最後に有罪判決における犯罪の証明および刑罰法規の具体化（333条、335条参照）にいたるまで、漸次に発展し形成されて行くのである」（六訂版166ページ）として、訴訟の動的発展を説かれていた。動的発展的理論自体についての見解の変化はみられないが、七訂版になって次のようにコメントが付加された。すなわち、「旧刑法（旧刑訴のあやまりか——庭山注）のような職権主義のもとではかような実体形成は一連のものとして行なわれるが、現行法のもとでは当事者主義的な屈折ないし分業がみられる」（七訂版194ページ）と説明され、更にその内容を敷衍されて「旧刑訴では、かような実体形成は起訴によって捜査機関からそのまま

裁判所へ引きつがれ、一連のものをなしていた。現行法では、かような意味での一連性はない。むしろ、訴追側・弁護側のそれぞれに実体形成が行なわれ、それが当事者の攻撃・防禦の活動を通して裁判所の実体形成—これが本来の実体形成である—に取り入れられて行くのである（なお、平場・114ページ、青柳・144ページ注2参照）。いいかえれば、現行法では、実体形成を当事者主義的分業の方式で行なうのであり、その全体をゆるやかな意味でひとつの実体形成と考えることができるのである」と説かれるのである。

従前の教授の所説が動的理論においてあまりにも職権主義的に傾きすぎる、との批判に対する応酬として受けとることができ注目に値する。ここでは、捜査官憲のもつ嫌疑と裁判官のもつ心証との連続性は完全に断ちきられている。従来この点については必ずしも明確ではなかった。新刑訴の秘める予断排除の原則に対する激しい情熱から推しはかるならば、この点はもっと早く明らかにすべきではなかったかと惜しまれる。

（三）「実体形成の規制」の一項が新たに起こされたが、その実質的内容は六訂版にすでに述べられたとおりで特に異なるところはない。唯、「上級裁判所の裁判の拘束力」と「民事形成判決の拘束力」との二つの問題に関しては、自由心証主義との関連で一つの問題があるように思われる。すなわち、このような拘束力は、事実上、裁判官の判断の拘束として働くのであるが、それは自由心証主義の例外ではないかという点である。これら二つが自由心証主義の例外であることを明言する論者も内外にある。刑訴法318条の自由心証主義が、厳格な「証拠」から厳格な証明対象を証明する場合のみに関する規定であるとするならば、前に挙げたような裁判もしくは判決はいわゆる「証拠」とはいえないので問題外となる。それは確かに実体形成への規制ではあっても、自由心証主義の例外ではない。例外といえるためには、証拠価値の評価に対する法律的制約がなければならない。「判決」が「証拠」でない以上、前記二場合は自由心証主義の例外ではなく適用外の問題と解するほかない。

(四) 「証拠法の発展」の項においては、自由心証主義への理解について微妙な表現の差違が看取される。

六訂版での叙述は次のようなものであった。「自由心証主義は裁判官の恣意的認定をみちびくおそれがないわけではない。そういう意味で、裁判官の心証そのものに合理的な法的規制を加えることが考えられて来る。英米法にみられる一種の法定証拠主義が今後の研究課題になって来るのである。自白を唯一の証拠とすることができなくなったことも(319条2項, 憲38条3項), その一つのあらわれとみることができよう。しかし, かような意味でも完全な法定証拠主義をみとめることはできないのであって, 将来においても根本原則は自由心証主義でなければならないと考える」(六訂版173ページ)。ところが七訂版においては次のように変わった。「自由心証主義は裁判官の恣意的認定をみちびくおそれがある。英米法にみられる一種の法定証拠主義が今後の研究課題になって来るのである。第一に認定資料につき証拠能力の制限が必要であり(フランス刑訴427条参照), 現行法は大はばにこれをみとめた。第二に, 裁判官の心証そのものにも合理的な法的規制を加えることが考えられて来る。自白を唯一の証拠とすることができなくなったことは(319条2項, 憲38条3項), その一つのあらわれである(フランス刑訴428条参照)。しかし, かような制約のもとに, 将来も自由心証主義が維持されなければならないと考える」(七訂版208ページ)。

これら二つの叙述のうちでの変化の第一は, 自由心証主義が裁判官の恣意的認定をみちびくおそれがあるかどうかの点である。六訂版ではそのおそれが「ないわけではない」と消極的な表現になっていたが, 七訂版では「おそれがある」とはっきり断定的になって来ている。変化の第二は, 自由心証の合理的規制につき, 六訂版では自白の補強法則のみが挙げられていたが, 七訂版になって証拠能力制限もつけ加えられた点である。ところで, 証拠能力と自由心証主義との関連については, 従来全く触れられなかったわけではない。たとえば「自由心証主義の内容」の項において, 「証明力の判断に立ち入るために必要な証拠の適法性は法定されているが, それ

は手続面からの外部的な制限にはかならない」(六訂版220ページ)と述べておられる。しかし、この表現では、証明政策に由来する証拠能力制限と自由心証との関連をば必ずしも的確に表わしているとはいえなかった。それがいまや、証拠能力制限は自由心証の合理的規制の一環にはかならないとして積極的に位置づけられることとなったのである。

(五)「証拠法の意義」の項では証拠法を指導する基本原則に変化が見受けられる。証拠法の根本的指導理念が実体的真実主義であることについては変更をみないが、そこにみられる制約について更に一つがつけ加えられた。すなわち、六訂版では「そこには人間の能力による制約と同時に、国家的制度としての制約がある」(174ページ)とのみ述べられていたが、七訂版では更に「また人権保障といった他の重要な要請による制約がある」(209ページ)と拡大されたのである。

この点が新しくつけ加えられたことについては、とくに断わられてはいない。しかし、これは単なる表現の補正を超えた大きな意味を持っている。団藤教授が消極的実体的真実主義という理念に無理解だったわけではない。わが国の論者の中ではかなり好意的な一人であったと思われる。それにもかかわらずなお、実体的真実主義——それが背後にあるものにせよ——を強く押し出しすぎるとの批判がないではなかった。その根本的理由は、正に、七訂版において新しくつけ加えられた「人権保障による制約」について、配慮が必ずしも行き届いているとはいえなかった点にある。

この変化は七訂版全体に如実に現われて来ている。すなわち新たに「自白獲得手段の違法性」「共同被告人の供述の証拠能力」「違法に収集された証拠」等も論じられることとなったのである。これらは、人権保障もしくは消極的実体的真実主義に対する透徹した理解なくしてはとても論じえないテーマなのである。

(六) 従来必ずしも明確でなかった「関連性」について七訂版において明確な位置づけが行なわれた。すなわち「証拠調の請求が許されないもの

であるとき（「証拠能力がないとき」といいかえてもよいであろう——庭山注）は、裁判所はその請求を却下しなければならない。また、証拠調の請求が必要的な場合には、その趣旨にしたがって、その請求を許さなければならないであろう。しかし、それ以外の点では、証拠調の請求についても、その許否は裁判所の裁量によるのであって、その証拠が訴因と関連をもたないものであるかまたは重要性をもたないものであるときは、これを却下することができる。これが関連性（relevancy）の問題である」と説かれる。この説明によれば、関連性は証拠能力とは明確に区別される。この点については、「証拠能力の意義」（七訂版246ページ以下）の箇所でも繰り返され強調される。その理由を次のように述べられる。「証拠能力の有無は裁判所の裁量をこえるが、関連性は裁判所の合理的裁量によって判断される。証拠能力があっても、関連性のない証拠は、裁判所によって法廷への顕出を拒否されうる。証拠能力のない証拠があやまって法廷に顕出されたときは、裁判所による排除決定を必要とするが、関連性のない証拠についてはそのような必要はない」（七訂版 247ページ）。

いわゆる関連性が証拠能力の概念の中に包摂しうるかは、各論者の証拠能力という言葉に盛る内容によって異なってくるので、あまり意義のある議論ではないが、団藤教授の見解では概念矛盾が起きてくるのではないかと思うので敢えて触れておこう。教授の所論では、関連性は証拠能力とは異なるから、関連性がなくても証拠能力がないとはいえない。とすると証拠能力のない証拠は事実認定の資料に用いることはできないが、関連性のない証拠でも事実認定の資料には用いることができるということになってしまわないか……。このような誤解の可能性をとり除くためには、関連性も証拠能力概念の中に包摂してしまうに如くはない。とくに厳格証明・自由証明の区別を明確にする立場においておや、である。

（七）「職権証拠調」の限度についても、より具体的な見解が述べられている。その箇所でとくに注目すべきは、職権発動は被告人側への後見的機能を果たすために行なわれるが、検察官側への後見的機能を果たすために

行なわれるべきではない、とされる点である（七訂版217ページ）。この点では一団藤教授自らも指摘される（同218ページ）とおりの判例と真向から対立する。

旧刑訴においては職権証拠調が原則であって、当事者による証拠調の請求の方が例外であったから、職権証拠調の限度などという問題はあまり関心の対象にならなかった。新刑訴になって当事者による証拠調の請求が原則となるに及んで俄然問題としてクローズ・アップされて来た。従来団藤教授は、「証拠調は、当事者主義の要請から、一応は、当事者の証拠調の請求によるのが原則であるが、実体的真実主義の要請から、このばあいにも背後には職権主義がひそんでいるのであり、裁判所は必要とみとめるときはいつでも職権で証拠調を行うことができるのである（298条2項）」と説いておられた（六訂版180ページ）。そして、それにとどまっていた。ところが今度、裁判所が必要とみとめても職権証拠調できるとはかぎらない場合のあることを明らかにされた。それが、訴追側に対する後見的役目を果たすための場合である。従前、団藤教授の見解は職権主義をやや強調する立場から、訴追側に対する後見的機能をも果たしうるものと一般に解されていた。この考え方はドイツ刑訴における武器平等の原則（Prinzip der Waffengleichheit）に由来するものであって、職権主義的色彩のきわめて強いライヒ刑訴時代の産物であった。このような立場は現行刑訴においては、もはや支持されるべき基盤を失っていた。

未だ熟さない言葉ではあるが、竹内誠氏の提唱になる「傾斜的衡平の原則」も同旨の原則と理解される（参照『刑事判決書研究序説昭和42年』97ページ以下）。同著において竹内氏は団藤教授もまた「傾斜的衡平の原則」を採用しておられると評される（99ページ）が、団藤教授の主観的意図はどうかあれ、すくなくとも六訂版に至るまでは職権証拠調の解釈においてかならずしもそうとはいえなかったと評することができるであろう。

（八）最近「事実上の推定」という概念に代わって「証拠提出責任」という概念を提唱する一派が現われているが、この問題についても教授は否

定的である（七訂版237ページ）。この点については「挙証責任」の問題と密接につながるので、その箇所において一緒に論ずることとする。

（九）「挙証責任」の項（237ページ以下）は、もっとも大きな変動がみられる一項である。

先ず第一に、六訂版まで認められていなかった「形式的挙証責任」の考え方が新たに導入された（七訂版239～240ページ）が、この点は特記に値する。

形式的挙証責任の考え方が新たに導入されたと書いたが、これと同種の考え方がそれまで全く否定されていたというわけではない。さきに触れた「事実上の推定」の場合がそれである。一般的事実が証明されると、特別な事実の不存在は原則として推定される。推定によって不利を受ける側は、その推定を打ち破るためには一積極的に反対事実を証明するまでの必要はないが一裁判官の心証を動揺させる必要はある。

この証明の必要を実質的挙証責任との対比の上で現在「形式的挙証責任」と呼ぶのであるから、従来もこの種の考え方を団藤教授がしていなかったわけではない。唯、そのような用語を用いなかっただけである。しかし、なぜ「形式的挙証責任」という用語を今まで使うことを拒否していたのであろうか。ここが問題である。

次の叙述の中にその鍵がかくされているように思われる。「実体（「実質」の誤植か——庭山注）的挙証責任が職権主義のもとでも明白に存在するのに反して、形式的挙証責任は純粹の当事者主義のもとでみとめられる性質のもので、職権主義のもとでは厳密な意味での形式的挙証責任はみとめられない。現行法は、前述のとおり（とくに前出86ページ以下）、当事者主義を主としながら補充的に職権主義をみとめているのであり、形式的挙証責任の存在および当事者間における移動について上述したところも、この限度で修正を受けることを注意しなければならない」（240ページ）。

すなわち、団藤教授としては、形式的挙証責任は「純粹」な当事者主義のもとでみとめられるにすぎないものであるから、わが刑訴法のような折衷的な構造のもとにおいては、未だみとめることができないと考えられた

もののようである。したがって、団藤教授があらたにみとめられた形式的挙証責任も、いわば「準」形式的挙証責任というべきもののようである。その意味するところは、たとえば構成要件の違法性推定機能により違法阻却事由の不存在が認定されそうになったときなど、裁判所は後見的機能を発動して、「先ず被告人側に立証をうながす」のであって、そこには職権主義があとに控えている、というところにあると思われる。そのかぎりではたしかに被告人側は純粋な意味での形式的挙証責任を負っているとはいえず、修正された形式的挙証責任ではある。

そこで第二の問題は、このような形式的挙証責任が、英米法における「証拠提出の責任」とほぼ同じものといえるかどうかである。団藤教授はこれを肯定に解される（七訂版171ページ）。

たしかに現象面では、「形式的挙証責任」も「証拠提出の責任」も同じもののように見える。しかし、それを支える理論的基盤は全く異なっている。わが国における形式的挙証責任論は、事実上の推定における反証の問題から発生して来ている。この場合推定を破るための反証の程度は、裁判官の心証を動揺させる程度まで必要であるとされる。裁判官が黒の心証を抱いたらしいときはこれを灰色程度にまで実際に変えなければならないのである。

一方、証拠提出責任における反証の程度は、一応の証拠もしくは蓋然証拠の提出で足りる。ここでは、裁判官が心証の動揺を来たしたかどうかを問題にする必要はない。それ以前の、もっと客観的な、具体的証拠を出したか否かによって、被告人側が責任を果たしたか否かが決まるのである。そして、わが国でいわれている事実上の推定とは、実はこのような証拠提出の責任を被告人側に負わせる典型的な場合なのである。

このように見てくると、形式的挙証責任の概念と証拠提出責任の概念との間には未だ大分距離があるようである。換言すれば、形式的挙証責任の理論は、職権主義的訴訟構造において、裁判所側の立証負担軽減の必要から生まれて来たものであるのに対し、証拠提出責任の理論は、当事者主義

的訴訟構造において、被告人の責任の明確化・客観化——そのかぎりにおいて立証負担の軽減——を目途として生まれて来たものである。両者はその生成においてすでに本質を異にしているのである。

(十)「憲法 38 条 2 項の解釈」については七訂版において重要な変更がみられる。これは団藤教授自身指摘しておられるところである。六訂版までは同条同項はもっぱら自白の任意性を規定したものと理解されていたが、憲法のこの規定には単なる任意性の見地をこえるものが含まれているとされるに至った。その結果刑訴法 319 条 1 項の解釈について次のような変更を余儀なくされた。

すなわち六訂版までは、不当に長く抑留・拘禁されたのちの自白は、当然に任意性がないものと擬制されるがゆえに証拠能力を失うと説明されていた（六訂版 207 ページ）が、七訂版においては「これは自白獲得手段の違法性が、自白の証拠能力を失わしめるのである。したがって、これはもはや任意性の問題とは関係がない」（七訂版 325 ページ）と断言されるに至ったのである。

実体的真実主義に力点をおいたドイツ法的な思考方法では、自白の証拠能力を考える場合、まず、手段の不当性が自白内容の真実性に影響を及ぼすか否かを考えなければならない。わが刑訴法第 1 条は消極的実体的真実主義を規定しているとみなされるから、ついで、手段の不当性が人権保障に抵触するか否かを考える順序となる。このような思考過程によって憲法 38 条 2 項を読むなら、真実性ともっとも密接につながる「任意性」こそ自白の証拠能力の要件だとの帰結に至るのは自然のなりゆきである。

この限界を乗り越えるためには、思考過程として先ず、刑事訴訟法の国家権力に対する保障機能に目をやらなければならないであろう。刑罰権の実現すなわち実体的真実の発見はその次にくるのである。これをアメリカ法的思考方式と言っていえないことはないであろう。

団藤教授が思考の方式を変えたかどうかは推断のかぎりでないが、とにかく客観的事実としては明確な転換が行間に看取できるのである。

(十一) 七訂版になって新たに、麻酔分析やポリグラフ・テストに関し、詳細な叙述が加えられている点も見逃してはならない。この点については本書の叙述の中で断わってはないので注意を促しておきたい。

六訂版まででは、これらの問題は憲法38条2項・刑訴319条1項との関連において論じられていた(208ページ)が、七訂版においては新たに憲法38条1項(自己帰罪に対する特権)の見地から論じられることとなった(256ページ)。

すなわち、麻酔分析は一定の薬剤の施用によって無意識状態に陥らせて供述させるものであるから、自己帰罪特権を侵すものとして、その不利益な供述は証拠能力を有しない、とするのである。これに対して、ポリグラフ・テストは、無意味な質問中にまじえられる決定的質問に際しての被検者の精神電流などの反応の仕方によって心理状態を判定するものであり、自己帰罪特権には抵触しない、とするのである。

これらの新たな解釈は、自白の証拠能力に関する理論の発展に対応するものであって、けだし卓見と称すべきである。

(十二) 伝聞証拠の概念も六訂版に比してより明確になった。それとともに新たな問題提起も試みられている。伝聞証拠はことばが供述証拠として用いられる場合に問題になるのであって、ことばそれ自体が証明の対象であるときは問題とならない。しかしその言葉が間接事実であると、それはみずから証明の対象であると同時に主要事実からすれば証明の手段でもあるので、やはり伝聞法則の適用があるのではないかという問題が起きてくる。団藤教授はこの問題について、なお疑問を留保しつつも、非供述証拠の性格が強いことを理由として伝聞法則の適用はないと結論される(260ページ)。

結論から言って、この論旨には賛成できない。ことばが間接事実であるときはたしかに非供述証拠的な性格を帯びる。しかし供述証拠たる性格を完全に失うわけではない。供述証拠たる性格を保有するかぎり、言葉の内容は依然として問題となるのであって、単なる「音声」として存否が問題

となるのではない。その伝聞性を無視するのには無理がある。

(十三) 七訂版では刑訴法 321 条 3 項中の文言「その真正に作成されたものであることを供述したときは」の意味につき、明確に「文字どおりに作成の真正についての証言で足りる」(263ページ)とされるに至った。その理由を、「証人がみずからその書面の供述者であり、しかもその作成が真正である旨を証言したばあいには、当事者は進んで、作成の際の状況や記載内容の真実性についても尋問をする可能性があるからである」と説明される(264ページ)。六訂版(214ページ)では、「その供述者が公判期日に証人として尋問を受け、それが真正に作成されたものであることを証言したときにかぎり」となっており、「証人として尋問を受け」ることが前提となっていたので「真正に作成されたものであることを証言したとき」の意味がかならずしも明確ではなかった。今回、被告人の反対尋問が証拠能力の要件でないことが明確になったわけである。団藤教授はすでに引用したとおり、作成の際の状況のみならず記載内容についてまでも当事者(ここでは被告人・弁護人)が反対尋問を行なう可能性を予想しておられる。にもかかわらず、その反対尋問を証拠能力の要件と解されないわけであるが、憲法の保障する証人審問権との関係はどうなるのであろうか。捜査機関は当事者の一方であるから訴追者としての立場からの予断偏見が混入しないとはいいきれない。一方、反対尋問に代わる程の信頼性の保障があるとも考えられない。どちらからしても、もう一步すすんではっきりと被告人の反対尋問を証拠能力の要件とすべきだったと思う。同様のことは鑑定人作成の鑑定書面についてもいいうる。

(十四) 平野教授は反対尋問を経ない証拠を伝聞証拠とするところから、被告人の供述をも伝聞証拠と解していられる。この点は以前から問題のあったところであるが、団藤教授も改めて反対の立場を表明された。その根拠は「わが刑訴における伝聞証拠の問題は、どこまでも憲法第37条第2項によって被告人に保障される『証人審問権』を基底として、理解されるべきものとする」と(七訂版 265ページ)というところにある。

たしかに反対尋問を経ていないという要件は伝聞証拠の要件として重要なものであるが、それがすべてではない。伝聞 (hear-say) の語義からしても「またぎき」的要素を抹消することは妥当とはいえない。英米法においても、「またぎき」供述が信用性のうすいところから、伝聞法則ができ上がって来たのであって、「またぎき」供述と関係なく反対尋問が必要だということで伝聞法則ができ上がったのではない。伝聞法則の成立は当事者主義の成立に伴うものであって、もとより反対尋問は伝聞法則と密接な関係がある。しかし、公判廷における裁判官の面前供述であっても反対尋問を欠けば証拠能力を失うのであって、反対尋問が証拠能力要件となることは、なにも伝聞供述に限ったことではない。

ドイツには伝聞法則はなく直接主義違反としての証拠禁止があるだけである (通説)。わが旧刑訴においても同様であった。かかる伝統の上にきずかれた新刑訴の伝聞法則は、直接主義違反の土台の上にきずかれていると考えるべきである。以上の理由からして、「またぎき」的要素のない被告人の供述は伝聞証拠と解することはできない。

なお、伝聞証拠は原則として証拠能力を欠き公判廷に顕出できないから、もし被告人の供述を伝聞証拠と解するなら、被告人は原則として公判廷に出ることはできても供述できないこととなる。供述を許すためには伝聞法則の例外を考えなければならないであろう。被告人の供述は、信用性のうすい点ではたしかに伝聞証拠に優るとも劣らない。しかしそれを補うために、わが国には自白の補強法則がある。しかも憲法上の保障さえある。被告人の供述を伝聞証拠に包含する必要性は、この意味からも存在しない。団藤教授の批判を正当としなければならない。

(十五) 「共同被告人の供述の証拠能力」については、六訂版には叙述がなかった。「共同被告人作成の供述書および供述録取書の証拠能力」につき説明がなされているにすぎなかった (六訂版 215 ページ)。そこでは供述の任意性と反対尋問権の保障とを条件として当該書面に証拠能力をみとめていたから、共同被告人の供述そのものについても同様の取扱いがなされ

るものと類推するしかなかった。ところが七訂版では場合を分けて明確に論じられることとなった。その中で問題となるのは、「手続分離」の際の取扱いである。甲・乙が共同被告人であるとき、手続を分離するときは、甲は乙の被告事件について証人となりうる。この場合、甲の供述の任意性と乙の甲に対する反対尋問とを条件として証拠能力を認めうる。問題は甲が証言拒否権を行使して、反対尋問が充分に行なわれなかった場合である。団藤教授は次のように解決される。「証言拒否権は自己帰罪に対する特権に由来するもの以外にも、かなりひろい範囲でみとめられており、これらのばあいには、被告人の反対尋問権が制限されるという理由で、証言の証拠能力を否定するのはおそらく行きすぎであろう。むしろ、公判廷で証人尋問が行なわれるばあいには、被告人の反対尋問に対して証言が拒否されても、そのことじたいを裁判所が考慮に入れて心証をとることが期待される。したがって、裁判所が憲法上の権利としての被告人の反対尋問権を充分に考慮して、かような証言をも証拠にとることができる」と解するべきではあるまいか」(268ページ)。そしてこの論理は手続分離の共同被告人のばあいのみならず、証人一般のばあいにも当てはまるとされる。

このような取扱いは、憲法上の証人審問権の保障を形式的に解するところからくる。証人審問権を保障するということは、実際に反対尋問が実施されて、証言の証明力の価値が高まることを前提とする。したがって、唯単に反対尋問の機会を与えればいいというわけのものではない。実質的にも反対尋問が行なわれなければならない。

証明力の問題と解して裁判所が評価にあたって充分に配慮すればよいと解するのにもたしかに一理あるが、証人審問権の保障は、憲法上の保障であって、実は、実質的な証明力の増強の目的を超えてその上にある。こう解しなければ、さきに自白の証拠能力の判断にあたって、任意性のみでなく収集手段の不当性そのものをも証拠能力要件と解した点と、著しく均衡を失することとなろう。

(十六) 七訂版になって違法収集証拠の証拠能力につき、新たに一款が

起こされたことは、その後の学説・判例の進展状況からして妥当な処置といふべきであろう。六訂版においては、「当然に影響があるものとも考えることも、また、なんらの影響がないものとも考えることも、ともに妥当でない。違法な収集の弊害を防止する趣旨をも総合的に考えて、個々のばあいには解決しなければならない」(205ページ)とされるにとどまった。七訂版に至っても結局のところ「総合判断」に帰するという点では変わりはないがかなり具体化され、従来の「弊害防止」という政策的考慮のほかに、「当事件解決の妥当性考慮」—これは実に実体的真実主義と人権保障主義との調和の上に立つ—及び「収集のための強制処分が無効のときは証拠能力は否定されるとの原則」がつけ加えられることとなった(273—4ページ)。更に、とくに「憲法違反をとまなう違法収集」については別に取り扱う——すなわち前述自白の場合と同様常に証拠能力を否定するとの見解を明言するに至った。これは、従前の理論を一躍超えるものであって、誠に画期的な論旨である。目的によって手段が正当化されるなどとは毛頭述べてはおられないが、実体的真実発見の目的に強力に奉仕するならば多少の手段の不当性は看過しうるのではないか、との思考型式が従来の理論の中に垣間みられなかったわけではなかった。それが今、憲法違反という適格な条件のもとに、はっきりと乗り越えられたのである。

(十七) 写真、録音テープ、謄本、写しなどの証拠能力の問題についても新たに論じられることとなったが、とくに異を樹てているところはない。注目されるべきは、「明文はないが当然に証拠能力を否定すべきもの」として新たに一つがつけ加えられた点である。

その一つとはいわゆる「悪い性格」(bad character)の問題である。団藤教授はその理由を「かれ(被告人——庭山注)が公訴犯罪事実について有罪であることを証明する力が弱いばかりか、状況証拠のひとつとして採用することさえも危険だから」(278ページ)であると説明される。

悪性格の証拠能力を否定するのは英米証拠法では通説的な見解であり、すでに平野教授によってわが国に導入されている(参照 平野・全集 238ペー

ジ)。従来の団藤教授の考え方からするならば、証明力の問題と解することはしても、証拠能力の問題と解するまでには至らなかったであろう。それをもう一步進めさせたのは、証明政策的な証拠能力を重視するという根本的姿勢である。これを他方から眺めるならば、判断者の評価能力に対してかなりの警戒を払う姿勢になって来たと評することができよう。

(十八) 自由心証主義の内容のところで軽い叙述の変化がみられる。従来、その「自由」の意味について「形式的な法律的拘束から自由であることである」(六訂版 220 ページ)、とのみ述べておられたが、七訂版では、そのあとに続けて「裁判官はこの点でも『良心に従う』ことを要する(憲 76 条 2 項)」との一文がつけ加えられることとなった(282 ページ)。

憲法 76 条 3 項(七訂版では「2 項」と引用されているが「3 項」のあやまり)は、裁判官の職責を規定したものと解され、「裁判官としては、自己の良心にしたがい、あくまで公平無私の態度で、裁判をしなければならない」(註解日本国憲法 1138 ページ)と、ごく一般的に説かれるにとどまり、自由心証主義との関連において説かれることはなかった。ここに、自由心証主義の指導理念の一つたる「良心」が憲法上の根拠を持つこととなった。自由心証の基盤が憲法の保障するところの「良心」であることは、はなはだ意味のあることである。

「自由心証主義」の章では、もう一点すなわち「心証形成の程度」について教授の新たな見解が述べられている。いわゆる「合理的な疑いを越える程度」とはどういう意味かという問題に関してである。この問題については従来、高度のものにせよ蓋然性で足りるか、主観的なものにせよ確実性を要するか、という仕方で議論されて来た。この論点について団藤教授は「裁判官がみずからの良心に照らして確実と考え、かつ合理的判断力をもつ一般人を納得させるような資料と論理法則・経験法則に支えられた心証であることを要し、かつ、それで足りる」と解決された(291—2 ページ)。客観的蓋然性か主観的確定性かという問題は、主として前者はドイツ法後者は英米法をバックとして、相争われて来たが、自由心証の本質は

全人格的決断にあり、客観的高度蓋然性といってもそれを判断するには究極的には裁判官の主観に頼らざるをえないものであるから、団藤教授の所論を正当とすべきであろう。

四、団藤証拠法理論の新展開¹⁰⁾

(一) 団藤証拠法理論には二つの転回の時期があった。第一回はいうまでもなく、昭和23年の新刑訴法の公布によるものである。ここでは、とくに手続面において、職権主義から当事者主義への大転換がみられる。旧刑訴綱要から新刑訴綱要(初版)への転移がそれである。新刑訴綱要は初版以来7回の改訂を経て昭和41年に七訂版(合計8版)に至っている。初版(昭和23年)から六訂版(昭和33年)までは小さな変改はあったが、根本理論は全く変わっていないといつてよい。ところが、六訂版から七訂版に移って、第二の大きな転回がみられた。証拠法部門に関するかぎり、それは優に旧綱要から新綱要への転回に匹敵する。その転回の要点は端的に二つに絞ることができるかと思う。

一つは人権保障主義もしくはデュープロセス主義の徹底であり、もう一つは裁判所の機能に関する保障機能説の徹底である。これら二つは実は一つのもの(消極的実体的真実主義)の両面である

積極的実体的真実主義から消極的実体的真実主義への移行は、すでに旧綱要から新綱要への移行の際に果たされた筈であった。しかし、その移行は必ずしも徹底していなかった(潜在的職権主義という型で、どちらかといえば積極的実体的真実主義への傾きが強かった)。それが今回の改訂でほとんど完全に果たされることとなった。このことを、裁判所の後見的機能という面から見なおすと、〴〵裁判所たるものは公正な指揮者・判断者として、両当事者のどちらにも加担することなく、誠心誠意真実発見を旨として行動すべし、といった従来の立場から、〴〵被告人側に遺漏があるときは積極的に乗り出すべし、という新しい立場に、変わって来たように思わ

れる。裁判所の後見的機能は被告人側に傾いたピサの斜塔たるべきだということとなる。

かつて松尾浩也助教授は学界回顧の欄を借り当時の学界を評して次のように述べられた（法律時報38巻13号29ページ）。「そこには、ドイツ法学に対する深い関心と、当事者主義的刑事訴訟の強調という基本的姿勢がある。これは、やや誇張した形で述べるならば、旧刑訴的な学風と、新刑訴的な価値観との結合にはかならない。そして、この結合を可能にしているのは、ドイツ法学に思索の素材を求めながらこれを厳しく批判するという操作の媒介である」。この一文は実は若い学徒に向けられたものであったが、いちはやく斯界の泰斗団藤教授によってその範が示されることとなった。そのたゆまぬ精進に心からの敬意を表したく思うのはひとりわたくしのみではないであろう。

（二） わたくしは「はしがき」のところで、団藤証拠法理論の展開を迎えることによって、将来の刑事証拠法のあり方を模索できるのではないかと書いた。今、その点について触れて結びに代えよう。

わたくしの理解では証拠法とは心証形成の合理性を担保する法的体系であって、それは自由心証の直接・間接の抑制体系ともいえる。団藤教授はこれを、大陸法的な自由心証主義を英米法的な当事者主義で拘束する体系、と理解されるが、わたくしは合理的な自由心証主義の体系は必然的に当事者主義（証拠裁判主義の一形態）という抑制を伴うものと考え。つまり証拠法の体系は自由心証主義に内在する合理性が顕在化したものと理解するのである。

団藤教授の証拠法理論を自由心証主義を中心として見なおすならば次のようになろう。旧刑訴綱要においては、評価主体に対する信頼の原則に立ち、証明政策にもとづく間接抑制は皆無で、関連性と証拠禁止にもとづく制限が主であった。新刑訴綱要に移って、証明政策にもとづく間接制約が取り入れられ、やがて六訂版から七訂版に移るときに、証明政策、関連性、証拠禁止の三者ともにその制約が格段に強化された。

これらの動きは旧綱要から新綱要に移行する際に始まった英米法化の深化拡大現象で¹¹⁾あり、その方向はここ当分更に続くものと考えられる。その理由は、第一に研究者の世代交番、第二に日本という社会における法的価値観のきびしい対立と変動、そして第三に、評価者の評価能力に対する経験科学的分析と批判とが考えられる。

ことに第三の点に関しては、最近ドイツにおいても論議の聲が高まっている。それはかつてアメリカにおいて行なわれたフランクの批判の再現を思わせるものがある。¹²⁾ 団藤教授が七訂版において示された証拠法理論の新展開もこれと軌を一にするものにほかならない。

- 1) 典型的なものとしてはヴェルツェルを挙げることができるであろう。最近、ヴェルツェル理論祖述の邦語文献がまとめられて、改めてその多量さに目を見瞠らされた。ハンス・ヴェルツェル著・福田平編訳『目的的行为論の基礎』昭和42年 111ページ以下参照。
- 2) 五十嵐 清「比較法学と日本の法学」『外国法と日本法』現代法14巻昭和41年所収324ページは、比較法とは、ごく一般的には種々の法体系における法制度または法の機能を比較することを目的とする学問であり、より具体的にいえば、① 法の本質をきわめ、一般的法理論建設を目的とするもの ② 実定法を明らかにすることを目的とするもの ③ 自国法の改善、立法に資することを目的とするもの ④ 統一法の樹立を目的とするもの、等種々あるとする。しかしこれは「比較法学者」にあてはまることであり、「実定法学者」のする比較法的研究はあくまでも、実定法の解釈論に資することを最大の目的としている。
- 3) 参考のために旧刑訴綱要以来の証拠法部門の内容を次ページ以下に比較対照表にして掲げておく。昭和18年以来20数年に亘る変化がよくわかるであろう。ごく最近横山教授は団藤教授の新刑事訴訟法七訂版を評して、当事者主義を重視する新しい立場に対して「従来の立場を防衛しようとしている」と述べておられる（横山晃一郎「当事者主義と職権主義」法学セミナー145号 36ページ）が、新しい立場に対する「防衛」よりも、それへの大きな「歩みより」にこそ七訂版の特色があると思われる。この点は比較対照表からもうかがわれるが、以下の本文が次第に明らかにするであろう。

新刑訴綱要七訂版（昭和41年） ← 新刑訴綱要六訂版（昭和33年）

第四章 実体形成一主として証拠法理論

第一節 総説—実体形成の様相

その規制, 訴因, 審判の範囲

一, 実体形成の様相

二, 実体形成の規制

三, 訴 因

四, 審判の範囲

第二節 証拠法総説

一, 証拠法の発展

二, 証拠法の意義—実体的真実主義

三, 証拠法の体系

第三節 証明に関する手続—証拠裁判主義

一, 証明の意義

二, 証明に関する訴訟的活動

第一款 証拠調およびその準備

一, 証拠調を準備する訴訟行為

二, 証拠調

三, 証拠調に関する異議の申立

四, (手続面における当事者主義)

第二款 証拠裁判主義

第三款 証明の対象

附 証明の必要, 挙証責任

一, 主要事実

二, 間接事実その他

三, 証明の必要

四, 挙証責任

第四款 証拠方法の意義および種類

一, 意 義

二, 直接証拠・間接証拠

三, 人的証拠・物的証拠・書証

四, 供述証拠・非供述証拠

五, 実質証拠・補助証拠

一弾劾証拠・支持証拠

第二節 実体形成一主として証拠法理論

第一款 総 説

一, 総 説

二, 証 拠 法

第二款 証明に関する手続—証拠裁判主義

一, 証明の意義

二, 証明に関する訴訟的活動

第一項 証拠調およびその準備

一, 証拠調を準備する訴訟行為

二, 証 拠 調

三, 証拠調に関する異議の申立

四, (手続面における当事者主義)

第二項 証拠裁判主義

第一 証明の対象

附 証明の必要, 挙証責任

一, 主要事実

二, 間接事実その他

三, 証明の必要

四, 挙証責任

第二 証拠方法

一, 意義および種類

← 新刑訴綱要初版（昭和23年） ← 旧 刑 訴 綱 要（昭和18年）

第二節 実体形成一主として証拠法理論

第一款 総 説

一、総 説

二、証 拠 法

第二款 証明に関する手続—証拠裁判主義

第一項 証拠調およびその準備

- 一、証拠調を準備する訴訟行為
- 二、証 拠 調
- 三、証拠調に関する異議の申立
- 四、（手続面における当事者主義）

第二項 証拠裁判主義

第一 証明の対象

附 証明の必要、挙証責任

- 一、主要事実
- 二、間接事実その他
- 三、証明の必要
- 四、挙証責任

第二 証拠方法

一、意義および種類

第二節 実体形成一主として証拠法理論

第一款 総 説

一、総 説

- 二、証拠の意義及びその体系的地位
- 三、証拠法の変遷と現行法における証拠法の一般原則

第二款 証明の対象

- 一、総説—証拠裁判主義
- 二、厳格なる証明の対象

- 三、証明の必要
- 四、挙証責任

第三款 証拠方法

一、意義及び種類

第五款 証拠能力

- 一、証拠能力の意義
- 二、証拠能力の制限

第六款 自白の証拠能力

- 一、自白の意義
- 二、自白の証拠能力および証明力
- 三、自白の任意性および自白獲得手段の違法性
- 四、自白以外の供述の任意性

第七款 伝聞証拠

- 一、総 説
- 二、書証の証拠能力
- 三、人的証拠の証拠能力
- 四、共同被告人の供述の証拠能力
- 五、任意性の調査、証拠とすることの同意、合意

第八款 違法に収集された証拠

- 一、総 説
- 二、とくに憲法違反をともなう違法収集

第九款 証拠能力に関するその他の問題

- 一、写真、録音テープ、謄本、写しなど
- 二、そ の 他

第四節 心証の形成—自由心証主義

- 一、総 説
- 二、自由心証主義の内容
- 三、自由心証主義の例外
 - 自白の証明力の制限
- 四、自由心証主義
 - 他にも例外があるか
- 五、心証形成の程度

二、証拠能力

第三 証拠方法(続き)—自白の証拠能力

- 一、総 説
- 二、自白の任意性

第四 証拠方法(続き)—伝聞証拠

- 一、総 説
- 二、書証の証拠能力
- 三、人的証拠の証拠能力
- 四、任意性の調査

第三款 自由心証主義

- 一、総 説
- 二、自由心証主義の内容
- 三、自由心証主義の例外
 - 自白の証明力の制限
- 四、(自由心証主義
 - 他にも例外があるか)
- 五、(心証形成の程度)

二、証拠能力

三、自白の証拠能力

四、伝聞証拠の証拠能力

五、書証の証拠能力

第三款 自由心証主義

二、証拠能力及び証明力

第四款 証明に関する訴訟的活動

一、総 説

二、証拠調及び証拠調を準備する訴訟行為

三、証拠の評価—自由心証主義

- 4) 新刑事訴訟法綱要初版はしがきにおいて、団藤教授は、終始立案の仕事に参画した旨を述べておられる。わたくしが、旧刑訴綱要と新刑訴綱要とを次元を異にするものとして区別せず、同一平面上で比較対照したのはこのゆえである。
- 5) 最大の関心事は「自由心証主義の歴史と理論」であるが、そのうち歴史関係については近く刊行される予定の『刑事訴訟法史』（沢登佳人・沢登俊雄共著・庭山英雄訂補）が参考になろう。
- 6) このような「証拠方法」(Beweismittel) 中心の証拠法理論はドイツ等大陸法系統のものである。ヘンケル、ケルン、ペーテルスもその体系をとっている。これに対して英米法系統の証拠法では「証明政策」(probative policy) 中心の体系となっている。ウィグモア、マコーミック、モルガンなどみなそうである。
- 7) 簡明なドイツ刑訴法の歴史として、Eduard Kern, Strafverfahrensrecht, ein Studienbuch, 7 Aufl., 1965, S. 282 f.; Heinrich Henkel, Strafverfahrensrecht, 1953, S. 10 f.; Karl Peters, Strafprozess, 2. Aufl, 1966, S. 48 f.; やや詳しいものとして Eberhard Schmidt, Einführung in die Geschichte der deutschen Strafrechtspflege, 3. Aufl., 1965.
- 8) 平野竜一『刑事訴訟法の基礎理論』昭和39年とくに1~3ページ、なお参照 Eberhard Schmidt, Lehrkommentar zur Strafprozeßordnung und zum Gerichtsverfassungsgesetz, Teil I, 2. Aufl., 1964, ここでは平野教授の指摘されるごとく rechtpolitische Grundlagen が rechttheoretische Grundlagen のあとになっている。
- 9) 平野・前掲書 2ページ
- 10) 六訂版から七訂版に至って新たにつけ加えられたもののうち、本文中にとりあげなかったものを次に掲げておこう。逐一对照するだけの暇のない人にとって、あるいは多少の便宜にはなろう。
 - ①「訴因」に関しては、平野教授のいわゆる「訴因対象説」に対して反論を試みておられる点が注目される（198ページ）。
 - ②「訴因変更命令」と団藤教授のつとに提唱される「潜在的職権主義」との関連についてもより詳しい説明が付加された（201ページ）。
 - ③ なお訴因に関しては「訴因の同一性」に関する一つの新たな問題提起がなされているのが注目される（203ページ）。
 - ④「審判の範囲」（204ページ）なる一項が七訂版になって新設されているが、従来の見解と特に異なったところはない。
 - ⑤「証拠裁判主義」の款では、平野教授の提唱になる「適正な証明」の概念を否定しておられる点（228ページ）が注目に値する。

- ⑥「事実に適用されるべき罰条は厳格証明の対象となるか」という問題については、はっきりと否定的な態度をとられる（234ページ）点も注意しておこう。
- ⑦「裁判所に顕著な事実について厳格証明を必要とするか」という問題に関しても明確に態度決定（肯定的）をしておられる（236ページ）点も見逃してはなるまい。
- ⑧ 小さな問題ではあるが、「自己矛盾の供述」とは、同一人が前後二回供述をしたときのどちらの供述をさすのかの問題がある（261ページ）。団藤教授は、自らためらいを表白しながらも、以前の供述を自己矛盾の供述と呼んでいる。六訂版においては、このことについてなんら触れるところがなかった。したがってわたくしは、一般の理解するごとく、現在の供述を以前の供述に対して自己矛盾供述と呼び、そのような自己矛盾供述があった際に前の供述を証拠として採用しうるかという問題が自己矛盾供述の問題であると考えていた。しかし七訂版での叙述によれば前と後とで異なった供述をしたとき、前の供述を自己矛盾供述と呼び、その自己矛盾供述書面が証拠能力を得るかという問題として取り扱われている。ごくすなおな理解として後から違ったことを言った場合、その「後」の供述が「矛盾供述」とされるべきであろう。
- ⑨「実質証拠・補助証拠」の区別も七訂版に至ってより明確にされた（245ページ）。
- ⑩「自白」の定義について最近「犯罪事実の全部または有罪のすくなくとも一つの本質的部分」を明示的に供述するばあいに限るとする有力な見解が現われていたが、団藤教授は依然として「犯罪事実の全部または一部」で足りると自己の立場を明らかにしている（249ページ）。
- 11) かかる現象は二つの法系統（より人権を重んずるものとそうでないもの）が接触するときに、前者が後者の中に滲透していくという型で必ず起きている。ドイツ証拠法の歴史においても大きな変動が過去においてすでに2回ある。第一回は16世紀のローマ・カノン・イタリア法化であり、第二回は19世紀の英仏法化である。
- それぞれ継受側の法律家層の知的水準に達するまで滲透する。この点については後掲 Küper 著参照。なお Vgl. Ursula Westhoff, Über die Grundlagen des Strafprozesses mit besonderer Berücksichtigung des Beweisrechts, 1955, S. 51 f.
- 12) Vgl. Wilfried Küper, Die Richteridee der Strafprozessordnung und ihre Geschichtlichen Grundlagen, 1967, 本書は啓蒙期以降の自由心証主義の歴史と理論を評価の主体の面から説いて余すところがない。